

# **DIREITO COLETIVO**

## **COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA**

---

### **ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DAS DOAÇÕES CASADAS DE RECURSOS AOS FUNDOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**SAULO MARQUES DUARTE**

Analista do Ministério Público

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

sduarte@mp.mg.gov.br

#### **1. Introdução**

O presente estudo comenta julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em relação aos aspectos constitucionais e legais das doações casadas de recursos aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

O Tribunal Federal suspendeu a execução de sentença prolatada pelo Juízo Federal da 21ª Vara do Distrito Federal, que tinha declarado a nulidade dos arts. 12 e 13 da Resolução n. 137/10 do Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – e determinado a abstenção da realização de doações casadas e captação direta de recursos por particulares ao FIA – Fundo da Infância e da Adolescência.

A decisão do Tribunal considerou que a execução imediata da sentença implicaria grave lesão à ordem pública, tendo em vista que haveria intervenção de maneira indevida nas atribuições e competências do Conanda, com a possibilidade concreta de decréscimo nas doações para os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A decisão foi proferida nos autos da Suspensão de Execução de Sentença nº 0006955-62.2012.4.01.0000/DF, promovidos pela União Federal, conforme o seguinte julgado.

## **2. Acórdão**

Poder Judiciário

Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Suspensão de execução de sentença n. 0006955-62.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Presidente

Requerente: União Federal

Procuradora: Ana Luisa Figueiredo de Carvalho

Requerido: Juízo Federal da 21ª Vara – DF

Autor: Ministério Público Federal

Procuradora: Luciana Loureiro Oliveira

### **D E C I S Ã O**

1. A União requer a suspensão da sentença prolatada pelo juízo federal da 21ª Vara – DF em 09/09/2011, nos autos da Ação Civil Pública 33787-88.2010.4.01.3400, nos seguintes termos:

‘[...] Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para declarar a nulidade dos artigos 12 e 13 da resolução CONANDA N. 137/2010 e determinar que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente se abstenha de disciplinar a distribuição de recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente por meio de captação direta de recursos por particulares ou por meio de doações vinculadas até que sobrevenha autorização veiculada em lei formal, mantendo, contudo, todos os atos praticados por aquele Conselho que tenha por fundamento a mencionada Resolução até a presente data.

Diante desse desate e considerando a possibilidade de prejuízo aos cofres públicos e ao sistema de proteção aos direitos da criança e do adolescente, REVOGO a decisão de fls. 401/403 e DEFIRO EM PARTE o pedido liminar, para determinar a suspensão imediata da eficácia dos artigos 12 e 13 da resolução CONANDA n. 137/2010, ressalvados os projetos em andamento, nos termos desta sentença.’

Sustenta que a execução imediata da sentença implica ‘grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa’, uma vez que interfere indevidamente nas atribuições e competência do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, acarretando substancial decréscimo nas doações para os Fundos da Criança e do Adolescente.

Assevera que, ‘... caso seja tolhida a possibilidade do doador de sugerir o plano de ação específico, haverá um contínuo desestímulo que se traduz em redução de projetos governamentais, voltada à criança e adolescentes, incluindo em tese convênios firmados com sociedade civil e entes da federação...’; que, ‘Somente a título exemplificativo, no ano de 2011, estima-se que a antecipação da tutela dada no provimento definitivo causou um impacto da ordem de cinco milhões de reais, que poderão não ser destinados aos projetos já aprovados segundo critérios previstos em edital de chamada pública especialmente lançado para esta finalidade’.

Destaca que o ‘julgador entendeu que a Resolução impugnada ‘autorizou a participação de particulares na gestão dos recursos’. Todavia, isso nunca aconteceu’, uma vez que o doador pode disponibilizar os recursos com ou sem sugestão quanto ao plano de ação específico, e em relação à qual o Conanda não está vinculado.

Assegura que os arts. 12 e 13 da Resolução CONANDA N. 137/2010, que prevêem a indicação de plano de ação pelo doador, não padece de ilegalidade; que os projetos são escolhidos segundo critérios estipulados em edital de chamada pública; que não há doação casada, mas mera indicação de preferência, não se podendo confundir ‘indicação de preferência’ com pretensão ‘doação casada’; e que não existe nenhuma ingerência do doador na escolha dos planos de ação, que são estabelecidos anteriormente à possibilidade de realização de doação.

2. O pedido de suspensão dos efeitos de liminares e sentenças, em ações movidas contra o poder público ou seus agentes, vem contemplado, entre outros preceitos, no art. 4º, § 1º, da Lei 8.437, de 30/06/1992, nos seguintes termos:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

A suspensão de segurança, expressão aqui utilizada em sentido genérico, em face da execução de liminar ou de sentença, não constitui o julgamento de mérito, na perspectiva do acerto ou desacerto da decisão ou da sentença, em face do ordenamento jurídico.

Constitui, sim, uma via excepcional de revisão temporária, no plano da produção de efeitos (eficácia) do ato judicial. Seu enfoque se restringe, sempre que possível, ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se 'evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas'. (Cf. arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016/2009).

Mas, como nenhum exame jurídico pode perder a noção de sistema, é forçoso admitir, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal<sup>1</sup>.

A discussão em torno da legalidade de captação direta de recursos para os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente e da possibilidade de o doador/destinador indicar a sua preferência

<sup>1</sup> STF – SS 846 – AgR/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 29/05/1996), e SS 1.272 – AgR, Relator Ministro Carlos Velloso (DJ 18/05/2001). (nota da citação).

na aplicação dos recursos doados, já que, a prevalecer a leitura do MPF e da sentença, a vontade do particular limitaria a competência exclusiva do gestor público para gerir essas verbas.

De acordo com o Ministério Público Federal 'a verba proveniente de renúncia fiscal da União Federal, que deixa de arrecadar créditos de Imposto de renda, na forma prevista no art. 260, do ECA, também é verba pública, pois quando o contribuinte opta pela doação subsidiada, deixa de pagar ao Fisco para depositar o montante correspondente no Fundo'. Em face desse aspecto, a resolução, que faculta ao doador indicar, entre as prioridades do plano de ação, aquela ou aquelas de sua preferência para a aplicação dos recursos doados, estaria eivada de ilegalidade, já que 'qualquer que seja a origem dos recursos, uma vez ingressando nos cofres do Fundo, passam a ter a natureza jurídica de 'verba pública'.

Entendeu o juízo que, 'muito embora a lei tenha conferido aos Conselhos da Criança e Adolescente a prerrogativa de fixar os critérios de utilização dos recursos, em nenhum momento autorizou a participação de particulares na gestão dos recursos dos Fundos da Criança e do Adolescente'; e que 'o Administrador desbordou dos limites do poder regulamentar efetuando inovação no ordenamento jurídico pátrio por meio de simples resolução, dando destinação duvidosa a recursos públicos'.

3. O art. 260 da Lei 8.069/90, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente, permitiu a dedução do imposto de renda do valor total das doações efetuadas para os fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Segundo se vê, a Resolução questionada prevê variantes da destinação das doações com incentivo fiscal, quais sejam: a) destinação genérica: o destinador não vincula os recursos destinados a alguma prioridade ou linha de financiamento, muito menos a um projeto; b) destinação vinculada: o destinador previamente vincula os recursos destinados por ele a uma prioridade ou um projeto específico, que são geralmente indicados pelo Conselho; e c) destinação com chancela: com ou sem chamada pública, o Conselho seleciona projetos que são devidamente certificados, cabendo à entidade proponente a captação de recursos ao FIA que permita o financiamento deste projeto; com ou sem retenção de uma porcentagem dos recursos; com ou sem teto máximo para captação.

A decisão afasta as duas últimas modalidades. Segundo o encontro patrocinado pela Febraban, denominado '15º Café com Sustentabilidade', realizado com o fim de debater questões relativas ao Fundo para a Infância e Adolescência, 'onde a chancela foi implantada houve aumento de arrecadação pelo maior engajamento das entidades na captação de potenciais destinadores (como em SP, que cresceu de R\$ 1,7 milhão de 2002 para R\$ 42,7 milhões em 2007)'. Aliado a esse elemento, há dados relativos ao Fundo e empresariado, relativamente às restrições do Ministério Público sobre a chancela, com manifestações de recuos na destinação de recursos pela instabilidade judicial e legislativa, a exemplo da Petrobrás no RJ<sup>2</sup>.

Antes da sua edição, a Resolução do FIA foi objeto de consulta pública, com amplo debate pela sociedade, inclusive com a participação do Ministério Público. Com a devida vênia, parece haver certo exagero do MPF em relação à matéria, quando afirma que a indicação de um plano de ação pelo doador implica, *ipso facto*, ilegalidade ou usurpação de atribuições do poder público.

A indicação do doador, que não é vinculativa para o Conanda, ocorre entre os projetos previamente escolhidos, segundo critérios estipulados em edital de chamada pública. Não se trata de um ato puramente subjetivo ou voluntarioso do doador, em atenção a interesses particulares, senão de uma manifestação de vontade submetida a verificação positiva do Conanda, o que equivale a dizer que a administração dos recursos oriundos da renúncia fiscal é da esfera pública.

Em nenhum momento o ECA veda a possibilidade de o doador indicar um projeto específico, e, por outro lado, prevê a competência do Conanda para fixar critérios de utilização do Fundo. Se a chancela ou a destinação pode ser elemento motivador de doações, até que se prove o contrário, a resistência do Ministério Público e a interferência do Judiciário pode, de fato, representar grave impacto nas verbas destinadas ao financiamento de programas destinados à proteção e defesa dos direitos da infância e da adolescência.

---

<sup>2</sup> < h t t p : / / w w w . f e b r a b a n . o r g . b r / p5a\_52gt34++5cv8\_4466+ff145afbb52ffrtg33fe36455li5411pp+e/sitefebraban/cafe15.pdf>. (nota da citação).

4. A interpretação que o MPF e a sentença deram aos artigos 12 e 13 da Resolução Conanda n. 137/2010, para justificar a sua declaração de nulidade, não se afigura a que melhor consulta ao interesse público dos Fundos de Direito da Criança e do Adolescente.

Por via de consequência, a execução imediata da sentença implica grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, uma vez que interfere indevidamente nas atribuições e competência do Conanda, com aptidão concreta para acarretar substancial decréscimo nas doações para os Fundos da Criança e do Adolescente.

Tal o contexto, defiro o pedido de suspensão da execução da tutela antecipada. Comunique-se, com urgência, ao juízo prolator da decisão. Intimem-se. Preclusas as vias impugnatórias, arquivem-se os autos.

Brasília, 17 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal OLINDO MENEZES

Presidente

### **3. Contextualização e comentários ao julgado**

Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, ou Fundos da Infância e da Adolescência, comumente denominados FIA, são aportes de recursos financeiros destinados ao atendimento especial das políticas, programas, projetos e ações de natureza complementar e temporária voltados para a população infanto-juvenil.

O FIA tem natureza jurídica de fundo especial e apresenta como um dos fundamentos para sua criação a necessidade de facilitar a captação e aplicação de recursos para a execução das políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Uma das peculiaridades do FIA consiste na sua constituição por receitas específicas, como as verbas públicas designadas pelo Poder Executivo em suas dotações orçamentárias, as contribuições de governos estrangeiros e organismos internacionais, as doações de

pessoas físicas ou jurídicas, os recursos provenientes de multas aplicadas pela autoridade judiciária, entre outras.

A doação casada, ou destinação casada, geralmente ocorre nas doações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, que deduzem do imposto de renda, nos termos do art. 260, *caput*, do ECA, o valor destinado ao Fundo. Dessa forma, o doador condiciona sua doação a programa, projeto, ação ou entidade previamente indicada por ele. Com a doação casada, o particular passa a ter o poder de escolha quanto à aplicação dos recursos doados ao FIA. Tal situação é de flagrante ilegalidade.

Os Conselhos de Direitos são os órgãos públicos a quem cabe, exclusivamente, estabelecer não apenas os critérios para aplicação das verbas dos fundos, como também os projetos e programas a serem beneficiados, não competindo tal escolha ao particular.

Trata-se de competência que a Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) atribuiu aos Conselhos de Direitos, conforme se depreende da leitura conjugada dos seus arts. 88, inciso IV, 214 e 260, parágrafo segundo. O artigo 88, inciso IV, do ECA, estabelece como uma das diretrizes da política de atendimento aos direitos de crianças e adolescentes a manutenção de *fundos* nacional, estaduais e municipais *vinculados aos respectivos Conselhos de Direitos*, os quais têm o poder-dever de, para a utilização dos recursos do FIA, elaborar e aprovar os planos de ação e de aplicação, conforme previsto no art. 260, § 2º, do diploma estatutário.

Quando o contribuinte opta por fazer doação ao FIA a partir da dedução do imposto de renda, deixa de recolher o devido montante ao Fisco Federal para depositar no Fundo, ficando a verba integralmente sob administração do Conselho de Direitos, que é detentor único do poder de gestão e disposição dos recursos do FIA, nos moldes do art. 214, *caput*, do ECA. A aplicação desses recursos é, igualmente, uma prerrogativa exclusiva e inalienável dos Conselhos de Direitos, nos termos do art. 260, § 2º, do ECA, conforme já explicitado anteriormente.



Reforçando o caráter exclusivo da competência dos Conselhos de Direitos para a gestão dos subsídios do FIA, até mesmo em face da própria Administração Pública, Cury esclarece:

É de se ver que as doações devem ser feitas a Fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, sendo estes Conselhos, e não os governos (Federal, Estaduais e Municipais), como muitos pensam, os gestores dos Fundos e a quem competirá definir as prioridades locais e o montante dos recursos destinados a cada empreendimento, minimizando, assim, riscos de “politicagem” ou favorecimentos, os quais têm como única limitação legal a obrigação de destinar parcela do numerário para incentivo ao acolhimento de órfãos ou abandonados. Nada impede que a Administração Pública, a critério do respectivo Conselho, seja órgão executor de projetos utilizando recursos do Fundo, mas jamais terão o poder de escolher quais deverão ser ou não executados e em qual ordem de prioridade. (CURY, 2010, p. 1181).

Ao delegar a terceiro a escolha de projetos a serem beneficiados com as verbas do FIA, o Conselho de Direitos extrapola a sua competência constitucional e legal de formular e deliberar políticas públicas para crianças e adolescentes. Nesse sentido, Tavares leciona:

Qualquer competência pública, por representar, em sua natureza, verdadeiro poder-dever do administrador, é irrenunciável e, salvo disposição legal expressa, intransferível. Assim sendo, não estão os Conselhos dos Direitos autorizados – ainda que de forma indireta – a delegar a terceiro a escolha dos programas e projetos que serão financiados pelas verbas dos fundos; fazê-lo implica tornar letra morta o princípio da democracia participativa que inspirou a sua criação. (TAVARES, 2010, p. 328).

O Conanda, ao prever a possibilidade de doação casada de recursos ao FIA, através do art. 12, §§ 1º e 2º, da Resolução n. 137/10, vai além de suas atribuições legais, pois passa a usurpar função do Poder Legislativo, bem como dispor sobre matéria de natureza tributária e fi-

nanceira, que está fora de sua competência. Dessa forma, os dispositivos dessa Resolução são expressamente inconstitucionais e ilegais.

Os valores destinados aos fundos através de doações subsidiadas possuem natureza pública tributária, uma vez que são provenientes de renúncia fiscal de imposto de renda, cujo recolhimento deixa de ser feito pela União. E, considerando a natureza pública dos recursos do FIA, eles estão sujeitos à incidência das mesmas leis que regulam a gestão das verbas públicas em geral, como as Leis Federais n. 4.320/1964 (Orçamento), n. 8.429/1992 (Improbidade Administrativa) e n. 8.666/1993 (Licitações e Contratos) e a Lei Complementar n. 101/00 (Responsabilidade Fiscal), não havendo previsão legal para a participação de particulares na administração desses recursos.

Sendo competência exclusiva dos Conselhos de Direitos delimitar os critérios para aplicação da verba advinda dos fundos, a doação casada põe em risco as funções gestora e deliberativa por eles exercidas, desestimulando e esvaziando o papel desses órgãos, cujo funcionamento adequado é imprescindível para a promoção dos direitos de crianças e adolescentes.

Conforme citado na decisão, a União, ao requer a suspensão da sentença do juízo de 1º grau, que declarou a nulidade dos artigos 12 e 13 da Resolução Conanda n. 137/10, alegou que os referidos dispositivos não padecem de ilegalidade. Sustentou, ainda, que não se trata de doação casada, mas de mera indicação de preferência, não se podendo confundir indicação de preferência com doação casada, e que não há nenhuma ingerência do doador na escolha dos planos de ação, que são estabelecidos anteriormente à possibilidade de realização da doação.

No entanto, o argumento defendido não corresponde à realidade. Mesmo dizendo tratar-se de “mera indicação de preferência” dentre os projetos já aprovados, na verdade essa pretensa indicação tem se transformado em escolha direta e prévia do doador, que, na maioria dos casos, sendo detentor de grande poderio econômico, acaba por influenciar e interferir na elaboração dos planos de ação e aplicação dos recursos do FIA, prevalecendo o poder econômico sobre os imperativos da lei.

Segundo o julgado, “[...] em nenhum momento o ECA veda a possibilidade de o doador indicar um projeto específico [...]”. Embora não proíba de maneira expressa a doação casada, o ECA não regula, também de maneira expressa, tal possibilidade. Pelo contrário, o Estatuto traz em seus dispositivos normas claras sobre a competência do Conselho de Direitos para a gestão das verbas do FIA, conferindo-lhe a prerrogativa de fixar os critérios de sua utilização, não prevendo em momento algum a participação de particulares na gestão dos recursos dos Fundos da Criança e do Adolescente.

Por fim, o julgado dispõe que a execução imediata da sentença que proibiu a doação casada de recursos implica grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, uma vez que interfere indevidamente nas atribuições e competência do Conanda.

É importante frisar que a Administração Pública, da qual faz parte o Conanda, rege-se pelo princípio da legalidade, só podendo fazer o que a lei permite.

Segundo Di Pietro:

[...] a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. (PIETRO, 2010, p. 64).

Logo, não pode o Conanda, por meio de Resolução, autorizar, sem que a lei o faça, a doação casada de valores ao FIA, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. E, sob esse aspecto, é possível o controle dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário, não tendo ocorrido interferência indevida nas atribuições e competências do Conanda, já que a apreciação feita pelo Juízo Federal foi sobre a legalidade desse tipo de doação.

#### 4. Considerações finais

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente são frutos do princípio da democracia participativa, conforme disposições dos artigos 227, § 7º, e 204, inciso II, da Constituição da República. Eles são os legítimos representantes da sociedade para a deliberação e formulação das políticas públicas voltadas para o atendimento dos direitos de crianças e adolescentes, inclusive a gestão das verbas do FIA.

A doação casada de recursos ao FIA constitui prática que, além de comprometer o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do modelo de participação democrática – esculpido na Constituição da República de 1988 –, ofende o ordenamento jurídico vigente, em especial a Lei Federal n. 8.069/1990, uma vez que retira dos Conselhos de Direitos o seu papel legal de gestor das verbas dos Fundos.

Dessa forma, considerando que tal prática é inconstitucional e ilegal, conclui-se que o julgado em comento não primou pela constitucionalidade e legalidade do caso em questão, validando de forma indevida e equivocada as famigeradas doações casadas de recursos aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

#### 5. Referências

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, Patrícia Silveira. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.